



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 19515.002352/2003-89
Recurso nº : 128.748
Acórdão nº : 203-10.317

MF-Segundo Conselho de Contribuintes
Publicado no Diário Oficial da União
de 12 / 05 / 03
Rubrica

Recorrente : CARGILL AGRÍCOLA S/A. (SUCESSORA DE CARGILL CACAU LTDA. E CARGILL CITRUS LTDA.)
Recorrida : DRJ-I em São Paulo - SP

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. NULIDADE. A aplicação ou não de penalidades não é fator determinante para definição do instrumento de formalização da cobrança. A utilização de Auto de Infração ou Notificação de Lançamento é definida em função do agente que pratica o Ato. **Preliminar rejeitada.**

NORMAS PROCESSUAIS. AÇÃO JUDICIAL. A eleição da via judicial, anterior ou posterior ao procedimento fiscal, importa renúncia à esfera administrativa, uma vez que o ordenamento jurídico brasileiro adota o princípio da jurisdição una, estabelecido no artigo 5º, inciso XXXV, da Carta Política de 1988. Inexiste dispositivo legal que permita a discussão paralela da mesma matéria em instâncias diversas, sejam elas administrativas ou judiciais ou uma de cada natureza.

COFINS. AUTO DE INFRAÇÃO. JUROS DE MORA SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE POR DECISÃO JUDICIAL SEM DEPÓSITO INTEGRAL DO TRIBUTO. INCIDÊNCIA DE JUROS MORATÓRIOS. A suspensão da exigibilidade do crédito tributário por medida judicial, desde que não acompanhada do depósito do montante integral daquele, não tem o efeito de purgar a mora, devendo o lançamento feito com o fito de prevenir a decadência fazer constar a exigência de juros de mora.

TAXA SELIC. A cobrança de débitos para com a Fazenda Nacional, após o vencimento, acrescidos de juros moratórios calculados com base na Taxa Referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, além de amparar-se em legislação ordinária, não contraria as normas balizadoras contidas no Código Tributário Nacional.

Recurso não conhecido em parte e negado na parte conhecida.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
2º Conselho de Contribuintes
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 06/06/06
VISTO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por CARGILL AGRÍCOLA S/A. (SUCESSORA DE CARGILL CACAU LTDA. E CARGIL CITRUS LTDA.).




Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

2ª CC-MF
Fl.

Processo nº : 19515.002352/2003-89
Recurso nº : 128.748
Acórdão nº : 203-10.317

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos: I) em rejeitar a preliminar de nulidade; e II) quanto ao mérito: a) em não conhecer do recurso em parte, face à opção pela via judicial; e b) na parte conhecida, em negar provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 09 de agosto de 2005

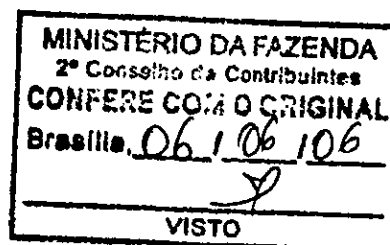

Antonio Bezerra Neto
Presidente


Leonardo de Andrade Couto
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Maria Teresa Martínez López, Emanuel Carlos Dantas de Assis, Mauro Wasilewski (Suplente), Sílvia de Brito Oliveira, Valdemar Ludvig e Antonio Ricardo Accioly Campos (Suplente).

Ausentes, justificadamente, os Conselheiros Cesar Piantavigna e Francisco Maurício Rabelo de Albuquerque Silva.

Eaal/mdc





Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



Processo n° : 19515.002352/2003-89
Recurso n° : 128.748
Acórdão n° : 203-10.317

Recorrente : **CARGILL AGRÍCOLA S/A. (SUCESSORA DE CARGILL CACAU LTDA. E CARGILL CITRUS LTDA.)**

RELATÓRIO

A interessada supra identificada ajuizou Ação Declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária questionando a sistemática de apuração da Cofins instituída pela Lei nº 9.718/98. As empresas Cargill Cacau Ltda. e Cargill Citrus Ltda. ajuizaram ações da mesma natureza. Posteriormente, as duas últimas foram incorporadas pela interessada passando a constituir uma só pessoa jurídica sob a denominação de Cargill Agrícola S/A.

Com as ações em andamento, decidiu a fiscalização pela constituição do crédito tributário via auto de infração (fls. 198/212), para cobrança dos valores calculados nos moldes da legislação questionada. Em função da incorporação, a autoridade fiscal consolidou na incorporadora os valores relativos às empresas incorporadas.

Pela existência das ações judiciais a autuação não considerou a multa de ofício e a exigibilidade do débito foi suspensa. O crédito tributário composto pela contribuição e juros de mora, calculado até 30/05/2003 perfaz um total de R\$ 177.374.016,43.

Inconformada, a atuada ingressou com impugnação dirigida à Delegacia da Receita Federal de julgamento (fls. 215/258) arguindo em preliminar a nulidade do auto de infração tendo em vista que o instrumento adequado para formalizar cobrança sem penalidade é a notificação de lançamento. Defende a ineficácia técnica da Lei nº 9.718/98, pela existência de provimento judicial reconhecendo a inexistência de relação jurídica entre o fisco e a impugnante que tenha base naquela legislação.

Argúi ser inaplicável ao caso o art. 38 da Lei nº 6.830/80, pois a interposição da ação judicial ocorreu antes da lavratura do auto de infração e aquele diploma legal refere-se apenas aos casos em que a ação é posterior à autuação. Além disso, esse dispositivo teria sido revogado pelo art. 51 da Lei nº 9.784/99.

Apresenta vários argumentos segundo os quais a Lei nº 9.718/98 teria vícios de ilegalidade e inconstitucionalidade já reconhecidos pelo Poder Público, e defende que a autoridade administrativa pode decidir pela inaplicabilidade de dispositivos que não se coadunem com o texto constitucional.

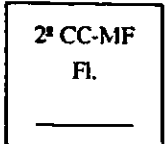
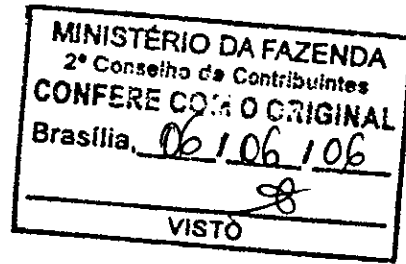
Por fim, contesta a incidência dos juros de mora que seriam inaplicáveis nos casos de lançamento com suspensão de exigibilidade, inclusive pela existência de depósitos judiciais, e protesta pela inaplicabilidade da taxa SELIC por ter natureza remuneratória, com a ressalva de que em alguns dos períodos de apuração foram utilizados índices divergentes da tabela emitida pela Secretaria da Receita Federal.

A Delegacia de Julgamento proferiu decisão consubstanciada no Acórdão DRJ/SPOI nº 4054/03 (fls. 261/273) negando provimento ao pleito nos termos da ementa transcrita adiante:



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 19515.002352/2003-89
Recurso nº : 128.748
Acórdão nº : 203-10.317



Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Período de apuração: 01/02/1999 a 31/12/2002

Ementa: FALTA DE RECOLHIMENTO

A falta ou insuficiência de recolhimento da Cofins apurada em procedimento fiscal, enseja o lançamento de ofício, ainda que a exigibilidade esteja suspensa por medida judicial.

ILEGALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE.

Falta competência legal à autoridade julgadora de instância administrativa para manifestar-se acerca de constitucionalidade ou legalidade das normas tributárias regularmente editadas segundo o processo legislativo estabelecido, tarefa essa reservada constitucionalmente ao Poder Judiciário.

TAXA SELIC

Cobram-se juros de mora equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (Selic), por expressa previsão legal.

Lançamento Procedente.

Antes de cientificar a interessada do Acórdão prolatado pela autoridade julgadora de primeira instância, a Unidade Local da Receita Federal constatou que parte do valor questionado foi objeto de depósitos judiciais e decidiu expurgar esses valores dos presentes autos, cadastrando-os em processo distinto, para controle específico (fl. 298).

Cientificada do Acórdão DRJ/SPI nº 4054/03, a interessada recorre a este Conselho (fls. 312/344) reiterando as razões da peça impugnatória, particularmente no que se refere à inadequação do meio utilizado, falta de renúncia à esfera administrativa, inconstitucionalidade da Lei nº 9.718/98, competência da autoridade administrativa para decidir pela inaplicabilidade de norma inconstitucional, ilegalidade da taxa Selic e cobrança indevida dos juros de mora para débitos com exigibilidade suspensa e com depósitos judiciais.

Manifestou-se ainda pela impossibilidade de incidência da multa de mora e pela nulidade da decisão proferida pela Unidade Local da Receita Federal por entender que não caberia àquele Órgão apartar valores do lançamento originário o que prejudicaria a análise e o julgamento do presente.

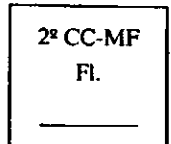
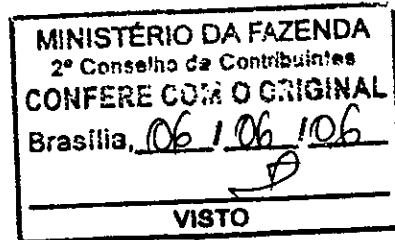
Conforme documentos de fls. 356/386 m, foram cumpridas as exigências para garantia de instância.

É o relatório.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo n° : 19515.002352/2003-89
Recurso n° : 128.748
Acórdão n° : 203-10.317



VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR
LEONARDO DE ANDRADE COUTO

O recurso atende aos pressupostos de admissibilidade e dele tomo conhecimento.

No que se refere à preliminar de nulidade, não há como prosperar o entendimento de que, pela inexistência de penalidade aplicável, não caberia auto de infração e o lançamento deveria ser formalizado via notificação de lançamento.

A aplicação de penalidades não é fator determinante para definição do instrumento de cobrança. Até porque, existem situações em que a notificação de lançamento também serve para imputá-las. Isso ocorre, por exemplo, na constatação de irregularidades em procedimento interno de verificação de informações coletadas pelo fisco.

O que define o instrumento de cobrança é o agente que pratica o Ato. A notificação é expedida pelo chefe da repartição fazendária. Qualquer outro agente somente poderá fazê-lo se possuir delegação de competência para tal. O auto de infração, por disposição legal, é lavrado por Auditor Fiscal.

Assim estabelecem os arts. 10 e 11 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972:

Art. 10. O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterà obrigatoriamente

(.....)

Art. 11. A notificação de lançamento será expedida pelo órgão que administra o tributo e conterà obrigatoriamente:

(.....) (grifos acrescidos)

Rejeito, pois, a preliminar suscitada.

No que se refere à aplicação do art. 38 da Lei nº 6.830/80, a recorrente defende que essa renúncia de que trata o dispositivo só ocorre nas situações em que o lançamento seja anterior à propositura da ação judicial, não se aplicando ao presente caso, onde a ação foi proposta antes da lavratura do auto de infração.

O dispositivo em comento estabelece:

Art. 38. A discussão judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública só é admissível em execução, na forma desta Lei, salvo as hipóteses de mandado de segurança, ação de repetição de indébito ou ação anulatória do ato declarativo da dívida, esta precedida do depósito preparatório do valor do débito, monetariamente corrigido e acrescido dos juros e multa de mora e demais encargos.

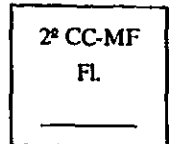
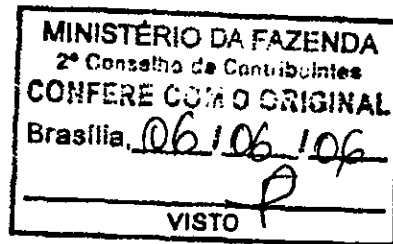
Parágrafo único. A propositura, pelo contribuinte, da ação prevista neste artigo importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso acaso interposto.

A razão primordial dessas disposições está no fato de que nenhuma norma legal ou princípio processual autoriza a discussão paralela da mesma matéria em instâncias diversas,



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo n° : 19515.002352/2003-89
Recurso n° : 128.748
Acórdão n° : 203-10.317



sejam elas administrativas ou judiciais ou uma de cada natureza. Sendo assim, restringir a aplicação apenas a situações em que a autuação deu-se antes da busca da tutela jurisdicional equivaleria a estabelecer limites contrários à própria essência do dispositivo contido na lei.

O fato de o *caput* do art. 38 não mencionar expressamente ações declaratórias, cautelares ou qualquer outra anterior à lavratura do auto de infração, não pode ser utilizado como argumento para defender a não aplicação do parágrafo único àquelas ações, sob pena de incorrer-se em interpretação gramatical, muitas vezes simplista e inadequada, do texto legal. No exame do exato alcance do dispositivo em comento, decidiu o STJ:

"TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DO DEVEDOR. EXIGÊNCIA FISCAL QUE HAVIA SIDO IMPUGNADA POR MEIO DE MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO, RAZÃO PELA QUAL O RECURSO MANIFESTADO PELO CONTRIBUINTE NA ESFERA ADMINISTRATIVA FOI JULGADO PREJUDICADO, SEGUINDO-SE A INSCRIÇÃO EM DÍVIDA E AJUIZAMENTO DA EXECUÇÃO.

Hipótese em que não há falar-se em cerceamento de defesa e, conseqüentemente, em nulidade do título exequendo. Interpretação da norma do art. 38, parágrafo único, da Lei nº 6.830/80, que não faz distinção, para os efeitos nela previstos, entre ação preventiva e ação proposta no curso do processo administrativo. Recurso provido." (Recurso Especial nº 7.630-RJ, 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, DJU de 22/04/91) (grifo nosso)

Não restam dúvidas, portanto, de que a propositura de ação judicial pelo sujeito passivo implica na desistência do processo administrativo, independentemente deste ter sido formalizado antes ou depois daquela.

Improcedente a alegação de que o art. 38 da Lei nº 6.830/80 foi revogado pelo art. 51 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Veja-se o texto do mencionado artigo:

Art. 51. O interessado poderá, mediante manifestação escrita, desistir total ou parcialmente do pedido formulado ou, ainda, renunciar a direitos disponíveis.

(.....) (grifo acrescido)

O dispositivo oficializou uma sistemática de desistência do processo administrativo que será exercida de forma expressa, à opção do interessado. Trata-se, como o texto diz, de uma possibilidade que não elide outras formas de desistência.

Assim, considerando que a argumentação principal na ação judicial refere-se a vícios de ilegalidade ou inconstitucionalidade na Lei nº 9.718/98, essa matéria não será aqui objeto de análise.

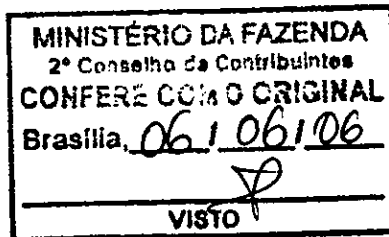
Ressalte-se ainda que, mesmo se não existisse ação judicial tratando da mesma matéria, eventual ilegalidade ou inconstitucionalidade no texto da lei não poderia ser aqui apreciada por ser matéria de competência exclusiva do Poder Judiciário, ainda que a recorrente insista em argumentar em sentido contrário.

Discussões quanto à legalidade ou inconstitucionalidade de dispositivos legais, plenamente integrados no ordenamento jurídico tributário, fogem à competência do contencioso



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo n° : 19515.002352/2003-89
Recurso n° : 128.748
Acórdão n° : 203-10.317



administrativo. Os mecanismos de controle da constitucionalidade das leis estão regulados na própria Constituição Federal, todos passando necessariamente pelo Poder Judiciário, que detém com exclusividade essa prerrogativa, conforme se infere dos artigos 97 a 102 da Lei Maior.

Essa orientação é consolidada na jurisprudência desse colegiado. Veja-se sobre o tema, as palavras da conselheira MARIA CRISTINA ROZA DA COSTA no voto integrante do Acórdão 203-09.120, da Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes:

"O dever de observar a compatibilidade das leis aos preceitos constitucionais que se lhes aplicam é, antes de tudo, do legislador. A prática do ato ou procedimento, pelo agente da Administração, é sempre especada em norma cujo processo legislativo se desenvolveu consoante a determinação da Carta Magna, portanto, regularmente editada e, até que se manifeste o Poder Judiciário, goza da presunção de validade e eficácia, sendo defeso ao agente da Administração afrontá-la".

O entendimento alicerça-se também na visão de grandes mestres como Ruy Barbosa Nogueira, citado no Parecer Normativo CST n° 329/70 (DOU de 21/10/70):

"Devemos distinguir o exercício da administração ativa da judicante. No exercício da administração ativa o funcionário não pode negar aplicação à lei, sob mera alegação de inconstitucionalidade, em primeiro lugar por que não lhe cabe a função de julgar, mas de cumprir e, em segundo, porque a sanção presidencial afastou do funcionário de administração ativa o exercício do 'Poder Executivo'".

Esse parecer também se valeu de Tito Resende:

"É princípio assente, e com muito sólido fundamento lógico, o de que os órgãos administrativos em geral não podem negar aplicação a uma lei ou decreto, porque lhes pareça inconstitucional. A presunção natural é que o Legislativo, ao estudar o projeto de lei, ou o Executivo, antes de baixar o decreto, tenham examinado a questão da constitucionalidade e chegado à conclusão de não haver choque com a Constituição: só o Poder Judiciário é que não está adstrito a essa presunção e pode examinar novamente aquela questão."

Em processo de consulta, o Parecer COSIT/DITIR n° 650, de 28/05/1993, da Coordenação-Geral do Sistema de Tributação, estabeleceu:

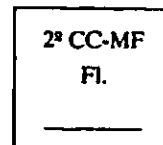
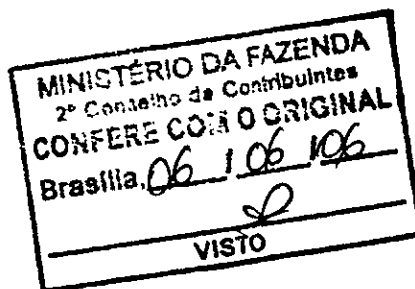
"5.1 – De fato, se todos os Poderes têm a missão de guardiões da Constituição e não apenas o Judiciário e a todos é de rigor cumpri-la, mencione-se que o Poder Legislativo, em cumprimento a sua responsabilidade, anteriormente à aprovação de uma Lei, a submete à Comissão de Constituição e Justiça (C.F., art. 58), para salvaguarda de seus aspectos de constitucionalidade e/ou adequação à legislação complementar. Igualmente, o Poder Executivo, antes de sancioná-la, através de seu órgão técnico, Consultoria-Geral da República, aprecia os mesmos aspectos de constitucionalidade e conformação à legislação complementar. Nessa linha seqüencial, o Poder Legislativo, ao aprovar determinada lei, e o Poder Executivo, ao sancioná-la, ultrapassam em seus âmbitos, nos respectivos atos, a barreira da sua constitucionalidade ou de sua harmonização à legislação complementar. Somente a outro Poder, independente daqueles, caberia tal arguição."

R



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo n° : 19515.002352/2003-89
Recurso n° : 128.748
Acórdão n° : 203-10.317



5.2 – *Em reforço ao exposto, veja-se a diferença entre o controle judiciário e a verificação de inconstitucionalidade de outros Poderes: como ensina o Professor José Frederico Marques, citado pela requerente, se o primeiro é definitivo hic et nunc, a legislação complementar. Somente a outro Poder, independente daqueles, caberia tal argüição.*

5.2 – *Em reforço ao exposto, veja-se a diferença entre o controle judiciário e a verificação de inconstitucionalidade de outros Poderes: como ensina o Professor José Frederico Marques, citado pela requerente, se o primeiro é definitivo hic et nunc, a segunda está sujeita ao exame posterior pelas Cortes de Justiça. Assim, mesmo ultrapassada a barreira da constitucionalidade da Lei na órbita dos Poderes Legislativos e Executivo, como mencionado, chega-se, de novo, em etapa posterior, ao controle judicial de sua constitucionalidade.*

5.3 - (...) *Pois, se ao Poder Executivo compete também o encargo de guardião da Constituição, o exame da constitucionalidade das leis, em sua órbita, é privativo do Presidente da República ou do Procurador-Geral da República (C.F., artigos 66, § 1º e 103, I, d VI)."*

Relativamente aos juros de mora, a suspensão da exigibilidade do débito não elide a cobrança dos juros. A mora decorre do descumprimento da obrigação principal, na data de vencimento estipulada na legislação. A suspensão da exigibilidade tem por objeto determinar que a Administração apenas não pratique atos de cobrança do tributo e não havendo obstáculo à constituição do crédito tributário não o há em aplicar os encargos de mora. O Artigo 161 do Código Tributário Nacional é claro:

Art. 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária.

(.....)

Não há ilegalidade na cobrança dos juros de mora até porque seriam exigíveis se a decisão final na ação judicial for desfavorável à recorrente. Esse consectário legal só não é cobrado quando da ocorrência do depósito no montante integral do débito. No presente caso os depósitos judiciais feitos pela recorrente não abrangem a totalidade da dívida, não elidindo a cobrança dos juros.

Relativamente à aplicação da Taxa Selic, o CTN remeteu ao legislador ordinário a possibilidade de fixar taxa de juros moratórios diferente daquela prevista em seu texto. Atribuiu-lhe poderes para disciplinar o assunto, inclusive estabelecendo a referida taxa em nível superior ou inferior ao constante na lei complementar, desde que fixada em lei ordinária. Assim estabelece o parágrafo 1º do art. 161:

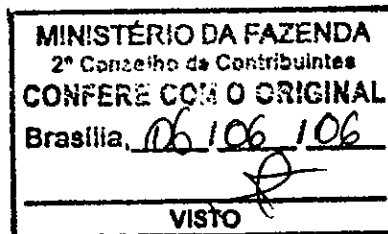
"Art. 161....."

§ 1º Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês. (grifo nosso)



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 19515.002352/2003-89
Recurso nº : 128.748
Acórdão nº : 203-10.317



Assim, a taxa de juros vem sendo quantificada ao longo do tempo pela legislação ordinária. A utilização da Taxa Selic como parâmetro de juros moratórios deu-se a partir de abril de 1995, determinada pelo art. 13 da Lei nº 9.065, de 20 de junho de 1995 e, a partir de 1997, pelo art. 61, § 3º, da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996. Cabe à Administração Tributária, pelo exercício da atividade vinculada, a estrita obediência ao que dispõe a lei. Sob esse prisma, é irrelevante que o indicador agora utilizado tenha sido criado originariamente para fins remuneratórios.

A eventual incidência da multa de mora não será analisada por ser matéria estranha aos autos, tendo em vista que esse consectário não está incluído na presente exigência.

Em relação ao despacho de fl. 288, pelo qual a Unidade Local da Receita Federal apartou os valores da exigência correspondentes aos depósitos judiciais, entendo que tal procedimento não pode prosperar. Nesse tópico concordo com a recorrente segundo a qual a separação dos valores não encontra amparo na decisão da autoridade julgadora.

É razoável que a Receita Federal adote as práticas necessárias ao controle dos débitos a ela jurisdicionados. Entretanto esse controle não pode dar azo a procedimentos sem amparo nas normas processuais administrativas. A segregação dos valores nos moldes efetuados prejudica a atividade julgadora e a ampla defesa.

Destarte, a exclusão deve ser cancelada.

Diante do exposto, voto no sentido de não conhecer do recurso em parte, por opção pela via judicial e, na parte conhecida, em negar-lhe provimento, ressaltando que a presente decisão abrange os valores indevidamente excluídos dos autos, na forma do despacho de fl. 288.

Sala das Sessões, em 09 de agosto de 2005.


LEONARDO DE ANDRADE COUTO